



## Cláusulas suelo y gastos de hipoteca

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 21-12-2016, ha puesto de máxima actualidad nuevamente, las particulares relaciones que los consumidores mantienen con entidades bancarias.

En esta ocasión se incide nuevamente en determinadas cláusulas existentes en Contratos de Préstamo con garantía hipotecaria. Nos estamos refiriendo concretamente a la popularmente denominada "cláusula suelo" y también a aquella de atribución del pago de todos los gastos de esa operación al cliente de la entidad.

En virtud de la cláusula suelo, se establece un tipo mínimo de interés aplicable, aún cuando de los diferenciales contemplados en el Contrato pudiera resultar un tipo inferior. Es decir, de alguna forma, se estaría convirtiendo un préstamo a tipo de "interés variable" en un préstamo a "tipo fijo", privando al receptor del préstamo de la posibilidad de beneficiarse de la existencia de tipos de interés bajos o, al menos, inferiores al contemplado en esa cláusula.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 9-5-2013, vino a declarar la nulidad de esa cláusula, estableciendo "la fecha de publicación de la Sentencia", como el límite temporal para poder obtener la devolución de aquellas cantidades que se hubieran podido pagar en

exceso, sin hacerla extensiva a momentos anteriores en base a particulares razonamientos contenidos en la propia Sentencia.

Pues bien, la Sentencia del TJUE al comienzo indicada, ha estimado que limitar la retroactividad de la devolución de lo cobrado en exceso a mayo 2013, tal como se había declarado por el Tribunal Supremo, se opone al derecho comunitario. En la práctica, tal estimación, supone reconocer la retroactividad total a esas devoluciones desde la fecha inicial del préstamo.

Sin perjuicio de la particular postura que pueda mantener cada entidad respecto de si le afectan mayor o menor medida esas Sentencias, por no haber sido parte en los procedimientos que las motivó, lo bien cierto es que se "abrió la puerta" a formular reclamación sobre la nulidad de esas cláusulas y devolución de las cantidades indebidamente abonadas, a todos los consumidores afectados. Con ello, resulta más que previsible una masiva presentación de demandas judiciales con el consiguiente colapso de los Tribunales.

Es importante destacar que, según nuestra legislación, debemos entender por consumidor a aquella persona, física o jurídica, ajena a la actividad a que se refiera la particular relación o contratación que esté realizando con un "profesional", que sí estaría ejerciendo su actividad habitual. Efectivamente, la condición, o no, de consumidor será determinante en un procedimiento judicial, pues hará recaer sobre una u otra en litigio la carga de la prueba.

Con estos antecedentes, el B.O.E. de 21-1-2017, y entrada en vigor el mismo día, publicó el Real Decreto Ley 1/2017, que viene a establecer y regular un mecanismo para solicitar la devolución de cantidades

indebidamente satisfechas como consecuencia de la aplicación de la "cláusula suelo".

El procedimiento será voluntario para el consumidor, entendiéndose por tal, a los efectos de este Real Decreto, cualquier PERSONA FÍSICA (excluye de su aplicación a las personas jurídicas) afectada por cualesquiera estipulaciones que limiten a la baja la variabilidad del tipo de interés, es decir, está referido exclusivamente a la "cláusula suelo". Este procedimiento no podrá durar más de tres meses a contar desde la fecha de solicitud.

Las entidades habrán de constituir departamentos o servicios específicos para resolver estas solicitudes. En cualquier caso, no se podrán presentar las solicitudes hasta tanto las entidades no los hayan constituido, siendo su fecha límite la de un mes desde el 21 de enero de 2017.

Las entidades responderán a esas solicitudes efectuando un cálculo de, en su caso, la cantidad a devolver "en efectivo". Si la devolución se pretendiese realizar por otros medios compensatorios alternativos, requerirá acuerdo expreso que habrá de constar en documento específico, disponiendo el cliente de un plazo de quince días para poder estudiar y decidir sobre la propuesta.

El rechazo de la solicitud, su falta de contestación o el transcurso del plazo de tres meses desde la presentación, se entenderán causas de desestimación, quedando expedita la vía judicial.

Igualmente, se establecen determinados supuestos en materia de imposición de costas a las partes, en función de haberse alcanzado o rechazado el acuerdo, y las cantidades que pudieran reconocerse en Sentencia respecto de las ofertadas por la entidad.

Finalmente, hay previsto un tratamiento fiscal específico para estas situaciones, con la obligación para las entidades bancarias de comunicar a la Agencia Tributaria las devoluciones acordadas. Deberán regularizarse las declaraciones de I.R.P.F. de aquellos ejercicios impositivos no prescritos, atendiendo a las deducciones realizadas por adquisición de vivienda habitual y las cantidades restituidas en aplicación de este procedimiento.

Por otra parte, en la Sentencia nº 705/2015 del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre, se vino a apreciar la nulidad, por abusivas, de otras cláusulas de los Contratos de Préstamo con garantía hipotecaria, en particular, las que imponen al cliente el pago de todos los gastos de su formalización, cuando estos deberían ser asumidos por las entidades bancarias, al menos en una parte, al ser las interesadas en registrar la escritura hipotecaria.

Así, es abusivo imponer al cliente todos los gastos derivados del contrato, como consecuencia de la intervención notarial y pago de tributos, mediante cláusulas redactadas habitualmente con el siguiente tenor literal: "son de cuenta exclusiva de la parte prestataria to-



*dos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación (incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía) y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños. La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los tributos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca".*

Al igual que ocurre con la "cláusula suelo", ésta atribución al consumidor de todos los gastos es nula por no reunir las exigencias de transparencia aplicables y exigibles. La obligación de pago debe recaer sobre el solicitante y beneficiario de los servicios que, además, obtiene un título ejecutivo, y todas estas circunstancias concurren, precisamente, en la entidad bancaria prestamista.

Ante la pluralidad de supuestos que puedan plantearse, desde hipotecas en vigor, hasta ya canceladas, subrogadas a otras entidades, actuaciones judiciales o extrajudiciales que ya se pudieran haber emprendido o finalizado, etc., habrá de actuarse con criterios máxima prudencia y estudio de cada caso concreto.

Especial interés revisten cuestiones tales como el alcance de la "cosa juzgada"; derivada de posibles actuaciones anteriores; las acciones, en su caso, a ejercitar; y los plazos de prescripción que puedan resultar aplicables, documentación a aportar y cálculos a realizar.



Será competente el Juzgado de Primera Instancia correspondiente al domicilio de la parte actora. En cuanto a la acción, en función de las circunstancias concurrentes antes expuestas, deberemos ejercitar acciones de nulidad y/o restitución. Este aspecto también es de fundamental importancia para establecer la posible prescripción, o no, de las acciones ejercitadas.

Así, si se tratase sobre la nulidad absoluta, de pleno derecho, de una cláusula abusiva, en los términos del Art. 8 de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en principio, no prescribiría. Por su parte la acción de restitución, si más, estaría sujeta, también en principio, al plazo general de prescripción de cinco años.

Para el ejercicio de la acción de nulidad de la cláusula suelo con restitución de las cantidades indebidamente abonadas por este concepto, entendemos que no procederá acudir a procedimientos de cuantía indeterminada. Al contrario, deberá hacerse un importante ejercicio de aproximación a la cuantificación de las cantidades reclamadas, estableciendo los criterios, aún mínimos, para ello e identificando las bases de cálculo. Tal situación puede resultar especialmente compleja atendiendo a las múltiples posibilidades existentes, como haberse abonado comisiones iniciales, haber realizado amortizaciones parciales anticipadas, o haber condicionado posibles reducciones del tipo de interés aplicable a otras contrataciones (seguros, fondos de pensiones, domiciliaciones de recibos y nómina, etc.).

En cuanto a la reclamación de cantidades abonadas en exclusiva por el cliente por la constitución de

hipoteca, debe hacerse especial hincapié en que nos estamos refiriendo a "esos gastos de constitución de hipoteca para garantizar el préstamo", no a los derivados de la propia compraventa del inmueble. Podrán ser objeto de reclamación las Facturas o Minutas de Notaría y Registro de la Propiedad, y el importe del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, debiéndose acreditar esos pagos con la correspondiente justificación documental.

Adade, como en anteriores ocasiones, pone a disposición de los consumidores afectados sus recursos, con una atención y asesoramiento personalizados, comenzando por un estudio detallado de cada supuesto concreto para, en su caso e inicialmente, plantear las reclamaciones previas que procedan y, de resultar necesario, el ejercicio de aquellas acciones legales ante los órganos judiciales en reclamación de las declaraciones de nulidad, por abusivas y restitución de cantidades indebidamente abonadas, que sean menester, valorando igualmente los efectos y consecuencias que de todo ello pudiera derivarse.

**JUAN RAMÓN CASTILLO**

Abogado  
ADADE VALENCIA

